



## La Revue des droits de l'homme

Revue du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Actualités Droits-Libertés | 2015

---

# Un renforcement en demi-teinte du statut du lanceur d'alerte dans l' « Europe des droits de l'homme »

Lanceurs d'alerte (Conseil de l'Europe)

Jean-Philippe Foegle

---



### Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/1073>

DOI : 10.4000/revdh.1073

ISSN : 2264-119X

### Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

### Référence électronique

Jean-Philippe Foegle, « Un renforcement en demi-teinte du statut du lanceur d'alerte dans l' « Europe des droits de l'homme » », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 11 mars 2015, consulté le 19 avril 2019. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/1073> ; DOI : 10.4000/revdh.1073

---

Ce document a été généré automatiquement le 19 avril 2019.

Tous droits réservés

---

# Un renforcement en demi-teinte du statut du lanceur d'alerte dans l' « Europe des droits de l'homme »

Lanceurs d'alerte (Conseil de l'Europe)

Jean-Philippe Foegle

---

- 1 « Si j'avais voulu tout balancer sur internet, j'aurais pu le faire, mais j'ai décidé de m'y prendre autrement. J'ai travaillé avec des journaux et leur ai demandé de discuter avec le gouvernement pour veiller à ce qu'un équilibre soit trouvé (entre la sécurité nationale et l'intérêt public) »<sup>1</sup>. A l'heure où les révélations du « lanceur d'alerte » Edward Snowden sur les opérations de surveillance massive des métadonnées des citoyens européens<sup>2</sup> connaissent d'infinis prolongements tant dans le cadre de l'Union Européenne<sup>3</sup> que du Conseil de l'Europe<sup>4</sup>, et que se multiplient les révélations dans le cadre de l'affaire « Swissleaks »<sup>5</sup>, le rôle majeur des donneurs d'alerte en matière de protection des droits de l'homme et de garantie de l'intérêt public se manifeste de manière chaque jour un peu plus nette. **Conséquence immédiate de cette prise de conscience globale : la nécessité de protéger cette « nouvelle icône » de la démocratie<sup>6</sup>, s'est trouvée mise à l'ordre du jour de la plupart des instances internationales et européennes.** Il n'y a donc aucun hasard à ce que la protection des whistleblowers ait fait l'objet de réflexions attentives et approfondies au sein des arènes internationales et qu'émerge un véritable standard international en la matière.
- 2 Ces réflexions s'inscrivent généralement, comme le souligne le professeur R. Vaughn<sup>7</sup>, **dans quatre cadres d'analyse distincts et complémentaires, qui recouvrent chacun des enjeux de politique publique distincts, ce qui démontre le caractère transversal et multidimensionnel du phénomène.** La première, fortement liée aux organisations démo-libérales qui, telles que le Gouvernement Accountability Project (GAP) aux Etats-Unis<sup>8</sup> ou la fondation Open Society à un échelon plus global ont fait la promotion du concept de whistleblower, est liée à la **volonté de faire la promotion d'une « démocratie ouverte » valorisant le rôle de la société civile.** Cette approche, qui apparaît concomitamment à la chute de l'Union Soviétique et à l'émergence

internationale des lois sur la liberté de l'information<sup>9</sup>, insiste particulièrement sur la nécessité de favoriser la transparence gouvernementale et d'aménager les règles relatives au « secret défense » et à la sécurité nationale pour assurer un contrôle effectif des populations sur leurs gouvernants. Celle-ci a connu d'importants développements dans le sillage de l'« affaire Snowden », suscitant des réflexions dans le cadre de l'ONU et du Conseil de l'Europe<sup>10</sup>, mais au sein de mouvements associant différents acteurs non gouvernementaux qui ont rédigé les « principes de Tswayne » sur la liberté de l'information et la sécurité nationale en vue d'esquisser des pistes de conciliation entre sécurité nationale et accès du public à l'information<sup>11</sup>.

- 3 La seconde, que nous qualifierions d'**approche « droits de l'homme restreinte »** et qui n'est pas sans lien avec la première, insiste plus particulièrement sur le régime de la liberté d'expression et la protection des défenseurs des droits de l'homme, et apparaît tout entière tournée vers **l'intérêt du public à recevoir des informations**. Cette approche a donné lieu à une jurisprudence particulièrement abondante de la Cour européenne des droits de l'homme, qui s'est fondée sur l'article 10 de la CEDH pour pallier l'insuffisance de la protection des lanceurs d'alerte au niveau européen<sup>12</sup>.
- 4 La troisième a également connu d'importants développements à la faveur de la **prise de conscience de l'importance de la lutte contre la corruption et les délits financiers dans la réalisation des droits de l'homme et de la responsabilité démocratique**<sup>13</sup> et a trouvé un nouvel élan au moment de la crise financière des « subprimes » de la lutte contre les délits financiers<sup>14</sup>. Elle tend à insister sur l'importance des lanceurs d'alerte dans la lutte contre la corruption et les malversations financières. Cette approche internationale a d'autant plus conduit les Etats à revoir leurs législations en matière de protection des lanceurs d'alerte plus qu'elle se fonde sur deux instruments de droit « dur », à savoir respectivement la Convention des Nations unies contre la corruption du 31 octobre 2003 dite de « Mérida »<sup>15</sup>, la Convention civile sur la corruption du Conseil de l'Europe du 4 novembre 1999<sup>16</sup> et enfin la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption des agents publics étrangers dans les transactions internationales du 17 décembre 1997. A cet égard le Groupe d'Etats Contre la Corruption au niveau européen<sup>17</sup> et l'OCDE<sup>18</sup> - mais également Transparency International<sup>19</sup> - au niveau global ont joué un rôle de premier plan dans la prise de conscience de l'importance de protéger les lanceurs d'alerte pour lutter efficacement contre la corruption.
- 5 La quatrième approche, enfin, se focalise sur **les droits dont bénéficient les lanceurs d'alerte au cours de leur relation de travail** et se fonde sur la Convention n° 158 sur le licenciement de l'organisation internationale du travail de 1982<sup>20</sup>. Il y a donc une véritable « pression » internationale sur les Etats pour les encourager à protéger les lanceurs d'alerte. A l'heure où l'étude des interactions entre systèmes et ordres juridiques figure parmi les priorités des juristes les plus fins, la multiplicité des interactions et références implicites entre les ordres juridiques laissent à voir **un droit en tension et en construction permanente, marqué par son caractère foisonnant mais également peu clair et peu effectif car largement constitué de « droit mou »**.
- 6 Les réflexions les plus récentes des institutions européenne sont largement tributaires des « laboratoires à idée » qu'ont constitué les enceintes internationales - mais également du rôle de législations « modèles » que joué par les expériences Nord-Américaines et Anglaise<sup>22</sup> - et s'inscrivent dans ce mouvement global tout en tentant de concrétiser ses traductions juridiques. Mais, là où les réflexions de l'Union Européenne -qui envisage également la mise en place d'un instrument juridique contraignant en la matière - se

focalisent principalement sur la lutte contre la corruption<sup>23</sup> et la prévention des risques sanitaires et sociaux, **le Conseil de l'Europe s'essaierait à synthétiser ces différentes approches pour promouvoir une approche transversale axée sur la garantie des droits de l'homme et sur la protection des défenseurs des droits humains**, approche couvrant « tous les avertissements de bonne foi à l'encontre de divers types d'actes illicites, y compris toutes les violations graves des droits de l'homme ». <sup>24</sup> C'est dans cette logique que s'inscrit la présente recommandation qui, citant longuement l'ensemble des textes sus-cités (Recommandation commentée, p. 5-6), prend la suite d'une précédente recommandation<sup>25</sup> et a été préparée par un très ambitieux rapport de faisabilité<sup>26</sup> rédigé par Paul Stephenson. Cette recommandation semble appelée à constituer le document de référence du Conseil de l'Europe, destiné à « guider les Etats membres lorsqu'ils passent en revue leur législation nationale ou lorsqu'ils modifient des mesures législatives ou en adoptent de nouvelles » et constitue ainsi le recueil « officiel » de bonnes pratiques du Conseil de l'Europe (Recommandation commentée, 24). Bien que ne relevant, une fois de plus, que d'une démarche peu contraignante et donc peu satisfaisante puisque l'idée un temps émise<sup>27</sup> de négocier un instrument juridique contraignant a rapidement été abandonnée, **ses 45 articles sont appelés, timidement, à constituer l'ébauche d'un statut du « lanceur d'alerte » au niveau européen ou, à tout le moins, d'un standard de « bonnes pratiques » en matière de protection des lanceurs d'alerte.**

- 7 La mise d'une législation « efficace » en la matière devrait ainsi, aux yeux du Conseil de l'Europe, s'articuler dans deux directions. Il s'agit, d'une part, d'adopter une définition claire et extensive de la notion de « lanceur d'alerte », afin de protéger l'ensemble des signalements d'intérêt général et de sécuriser leur situation juridique (1°). D'autre part, la mise en place d'une législation efficace devrait également mettre en place un environnement juridique favorable aux signalements d'intérêt général, et ce en amont, en levant les obstacles juridiques et sociaux à leur prise de parole et en aval, en protégeant ceux-ci de manière efficace (2°).

## 1°/ - Une clarification du champ d'application des législations protectrices des lanceurs d'alerte

- 8 La notion de « lanceur d'alerte » peut être étudiée en séparant analytiquement l'« alerte » et le « lanceur » d'alerte, à savoir la personne pouvant se prévaloir d'un droit à lancer l'alerte. En effet, les deux ne coïncident pas nécessairement dans la mesure où, d'une part, certaines personnes publiques peuvent émettre des alertes<sup>28</sup> et, d'autre part, certaines personnes étrangères à l'organisation peuvent ne pas avoir le droit de lancer l'alerte faute d'avoir eu un accès légitime aux faits divulgués<sup>29</sup>. Le Conseil de l'Europe prend ici le soin de séparer l'objet de l'alerte- une atteinte à l'intérêt général révélée par des canaux de signalement appropriés- (A) du titulaire du droit d'alerter, défini par sa position de vulnérabilité économique à l'égard d'un employeur (B).

### A - L'objet de l'alerte : une atteinte à l'intérêt général révélée par des canaux de signalement appropriés

- 9 Le Conseil de l'Europe, adoptant une conception extensive de la notion d'alerte (1), prend le soin de rappeler la nécessité d'encadrer le cheminement de celle-ci par une

clarification et une hiérarchisation des voies de signalement disponibles, sans négliger l'intérêt du public à recevoir des informations (2).

### 1) La notion d'alerte étendue à l'ensemble des signalements d'intérêt général

- 10 La recommandation précise que le cadre national normatif, institutionnel et judiciaire devrait être « conçu et développé dans le but de faciliter les signalements et les révélations d'informations d'intérêt général » et ce « en établissant des règles destinées à protéger les droits et les intérêts des lanceurs d'alerte ; et, s'il peut s'agir d'un « acte législatif unique », ce n'est pas une obligation, le principal critère d'efficacité étant que les législations relatives à la protection des lanceurs d'alerte forme un « tout complet et cohérent »<sup>30</sup> (Recommandation commentée, P. 7). **Dans ce cadre, l'intérêt général devrait être défini comme incluant a minima « les violations de la loi et des droits de l'homme, ainsi que les risques pour la santé et la sécurité publiques, et pour l'environnement ».** Une telle recommandation devrait inciter les Etats-membres à revoir les règles concernant, notamment, le droit du travail, le droit des médias, la garantie droits de l'homme et le droit pénal, mais également l'ensemble des lois sectorielles relatives à la lutte contre la corruption (Ibid., p. 29).
- 11 Le Conseil de l'Europe précise en outre que, faute de consensus européen en la matière l'« absence de définition de l'intérêt général dans la recommandation est [...] intentionnelle. », et ce tout en affirmant que « l'expérience balance des intérêts des employeurs [...] avec la nécessité de faire en sorte que le public soit protégé de toute exploitation » peut aider à définir la portée des informations qui entrent dans la définition de l'intérêt général. **Prenant le contrepied de certaines législations<sup>31</sup>, le Conseil de l'Europe refuse donc de définir de manière énumérative ce qui constitue un « intérêt général » dans le cadre du lancement d'alerte.** Ainsi, le Conseil de l'Europe prend acte de la nécessité, conformément à la position de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>32</sup>, de ménager aux Etats une marge d'appréciation<sup>33</sup> en la matière. Cette préoccupation traduit également **le caractère évanescent de la notion de « lancement d'alerte », qui, créant en permanence une « tension productive »<sup>34</sup> entre sphère privée et sphère socio-politique**, ne peut, à moins de priver d'efficacité la protection des lanceurs d'alerte, se fonder sur une définition pré-établie de l'intérêt général.
- 12 C'est précisément à une redéfinition permanente de cette notion qu'invite le phénomène du lancement d'alerte. Dans ce cadre, **c'est d'une appréciation nécessairement casuistique de l'équilibre à trouver entre intérêt général et intérêt des organisations que naissent les contours de l'« intérêt public » pouvant fonder l'alerte.** Et, à cet égard, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en la matière offre d'ores et déjà quelques pistes aux Etats-membres du Conseil de l'Europe. Celle-ci considère notamment que les sanctions prises à l'encontre de magistrats ou de salariés d'organismes publics ou privés qui ont divulgué des informations « *que les citoyens ont un grand intérêt à voir publier ou divulguer* » constituent une violation à leur droit d'expression au sens de l'article 10 CEDH. Parmi les informations que les citoyens ont un grand intérêt à voir divulguer – publiquement ou non – figurent notamment les défaillances dans la délivrance de soins par l'Etat<sup>35</sup>, le manque d'indépendance de la justice<sup>36</sup>, les abus de pouvoir commis par des hauts fonctionnaires<sup>37</sup>, les comportements contraires à la déontologie des professionnels de santé<sup>38</sup>, l'existence d'un programme

illégal de surveillance des communications<sup>39</sup> ou encore la critique du comportement de hauts fonctionnaires après un accident nucléaire<sup>40</sup>, la dénonciation par un journaliste de la censure au sein d'une télévision publique<sup>41</sup> et la mise en évidence des dangers des fours à micro-ondes<sup>42</sup>.

## 2) L'encadrement du cheminement de l'alerte entre alerte interne et droit du public à l'information

- 13 Suivant une jurisprudence bien établie de la Cour, la recommandation préconise que soient mis en place **des « voies clairement établies pour le signalement et la révélation d'informations d'intérêt général »**, à savoir « le signalement interne au sein d'une organisation ou d'une entreprise », le signalement « aux organes réglementaires publics, aux autorités de répression et aux organes de contrôle » et enfin la « révélation publique d'informations » (Recommandation commentée, P. 7) . **La recommandation précise que ces trois voies de signalement ont vocation à être hiérarchisées** (Ibid.)<sup>43</sup>. Cette hiérarchisation positionne, aux yeux de l'Assemblée parlementaire, « la protection des lanceurs d'alerte **comme un mécanisme de responsabilité démocratique** » car il s'agit, pour des raisons d'efficacité, que « les individus fassent état de préoccupations au sujet d'actes répréhensibles ou de risques de préjudice auprès des personnes les plus proches du problème et de celles les mieux placées pour y remédier » (ibid.) ce qui n'exclut pas, le cas échéant, de « reconnaître et protéger les révélations d'informations à plus grande échelle ».
- 14 **Ce choix d'un modèle dit « à trois étages »** (Three-tiers), largement étudié par la doctrine anglo-saxonne<sup>44</sup> et qui en fait la spécificité du système anglais d'encadrement du lancement d'alerte<sup>45</sup>, **correspond aux préconisations du rapport Stephenson**. En effet celui-ci préconisait de retenir une « approche échelonnée »<sup>46</sup> - car « donner l'alerte et faire fuiter des informations confidentielles dans la presse sont deux choses différentes »<sup>47</sup>. **Cela correspond également à la position de la Cour européenne des droits de l'homme**, qui considère de manière constante depuis l'arrêt *Guja c. Moldavie* qu'« un employé souhaitant divulguer des informations doit s'adresser en premier lieu à ses supérieurs ou à une autre autorité compétente. ».
- 15 **Ce choix marque la spécificité du whistleblowing**, qui, au Royaume-Uni<sup>48</sup> comme aux Etats-Unis<sup>49</sup>, s'est **construit comme un mécanisme « monitoire »**, visant dans une perspective d'élargissement de la responsabilité démocratique à faire circuler la divulgation de la manière la plus efficace possible à une personne ayant la capacité de mettre fin aux agissements dénoncés. Dans ce cadre, la révélation publique d'informations sur une organisation étant par hypothèse la plus attentatoire aux intérêts de celle-ci, **c'est la gradation des canaux d'alerte qui constitue, principalement, le moyen de concilier l'intérêt général et l'intérêt de l'employeur**.
- 16 Mais l'Assemblée, à l'instar de la Cour, **réserve – sans les préciser – les hypothèses où d'autres considérations démocratiques, telles que « la transparence, le droit à l'information et la liberté d'expression »** (Recommandation commentée, p. 32) devraient permettre aux lanceurs d'alerte d'opérer leur divulgation directement auprès du public. Il s'agit principalement, dans la jurisprudence de la Cour européenne, d'une part, des hypothèses où le lanceur d'alerte ne disposait « disposait d'aucun autre moyen efficace pour procéder à la divulgation »<sup>50</sup>. Et également, d'autre part, des hypothèses où le public peut se prévaloir d'un « droit d'être informé », ce qui recoupe notamment la

majorité des divulgations concernant l'usage par les pouvoirs publics de « procédés irréguliers ou illégaux »<sup>51</sup> ainsi que des alertes concernant des risques sanitaires graves si la publicisation de l'information permet de contribuer de manière significative à un « débat public d'une extrême importance ».

- 17 Plus largement, si la Cour reconnaît qu'un individu s'engageant dans un débat public d'intérêt public est tenu de « *de ne pas dépasser certaines limites quant, notamment, au respect de la réputation et des droits d'autrui* », elle reconnaît également un très large droit d'alerter le public dès lors que le lanceur d'alerte manifeste sa volonté d'éclairer la population et de lui permettre de faire des choix sur un sujet concernant directement<sup>52</sup>. Il paraît peu douteux dans ce cadre que les informations nécessaires à la garantie de l'autodétermination personnelle en matière environnementale puisse ouvrir aux lanceurs d'alerte la protection la plus élevée accordée par l'article 10 de la Conv. EDH<sup>53</sup>.

## **B – Le « lanceur d'alerte » défini par sa relation de « vulnérabilité économique » à l'égard d'une organisation**

- 18 Adoptant une conception souple de la notion de « lanceur d'alerte », l'Assemblée définit celui-ci, par souci de pragmatisme, par sa position de « vulnérabilité économique » à l'égard d'une organisation, ce qui est particulièrement large, mais également très utilitariste (1°) La protection des employés des domaines du renseignement et de la défense apparaissant – en partie et une fois de plus – comme l'« angle mort » de la réflexion sur la protection des lanceurs d'alerte (2°).

### **1) Le lanceur d'alerte, un « vulnérable » à protéger**

- 19 La recommandation commentée n'entend inclure dans le périmètre de la notion de « lanceur d'alerte » que les employés, du secteur public comme du secteur privé. Ce choix avait été fait de manière explicite par le rapport « Stephenson » (préc. p. 7)<sup>54</sup> qui, tout en soulignant, à la suite de Transparency International Suède, que « les clients, les patients et les élèves méritent eux aussi une protection juridique contre les représailles », estimait qu'une telle inclusion nécessiteraient un traitement à part, qui « suggérerait peut-être une réforme de la législation sur les consommateurs. ».
- 20 La notion d'employé protégé n'est toutefois pas cantonnée à l'existence d'une relation contractuelle de travail, mais concerne l'ensemble des employés « *indépendamment de la nature de leur relation de travail et du fait qu'elles sont ou non rémunérées* », mais également « les personnes dont la relation de travail a pris fin ou, éventuellement, n'a pas encore commencé, si les informations concernant une menace ou un préjudice pour l'intérêt général ont été obtenues durant le processus de recrutement ». Le commentaire du dispositif indique en outre que « dans certains contextes [...] les Etats membres pourraient vouloir étendre cette protection aux consultants, aux collaborateurs indépendants et aux sous-traitants<sup>55</sup> » (Recommandation commentée, p. 27-28). Comme l'indique à nouveau le commentaire du dispositif de la recommandation, ce n'est pas l'existence d'une relation de travail stricto-sensu, mais « *la situation de dépendance économique des lanceurs d'alerte vis-à-vis de la personne dont ils dépendent pour leur travail* » qui justifie leur protection. Cette focalisation de la réflexion européenne sur les employés est sans doute liée, également, à la spécificité du whistleblowing souligné précédemment (V. supra, I.A. 2), en ce que celui-ci ne constitue pas un mécanisme visant à favoriser les



flux d'informations et à instaurer une plus grande transparence démocratique, mais à maximiser les potentialités de détection de comportements contraires à l'intérêt général. Il ne s'agit pas principalement de multiplier le nombre de personnes pouvant avoir accès à une information ou en être le destinataire<sup>56</sup>, ni de favoriser -sauf dans les cas où la divulgation concourt à la réalisation du « droit du public à l'information » - les enquêtes « citoyennes » sur d'éventuels méfaits commis par des employeurs<sup>57</sup> mais de permettre aux pouvoirs publics d'avoir accès, dans le respect des intérêts des employeurs, à des informations d'insiders concernant des faits contraires à l'intérêt général pour pouvoir y apporter une réponse efficace. Dans ce cadre, et comme le rappelle La Cour européenne des droits de l'homme en se référant au rapport explicatif de la Convention civile du Conseil de l'Europe sur la corruption<sup>58</sup>, les salariés apparaissent comme « les mieux placés pour agir dans l'intérêt général en avertissant son employeur ou l'opinion publique » et ce « plus particulièrement lorsque l'agent concerné est seul à savoir – ou fait partie d'un petit groupe dont les membres sont seuls à savoir – ce qui se passe sur son lieu de travail »<sup>59</sup>.

## 2) La protection des lanceurs d'alerte dans le domaine du renseignement et de la défense : un « angle mort » du whistleblowing ?

- 21 La situation des lanceurs d'alerte dans le domaine du renseignement fait l'objet de toutes les attentions depuis le déclenchement des affaires « Snowden » et « Manning », suscitant d'intenses débats mais également d'intenses réflexions et tentatives de réforme tant aux Etats-Unis<sup>60</sup> qu'en France<sup>61</sup>. En Europe, la conception rigide et extensive de la « sécurité nationale » qui prévaut dans un grand nombre d'ordres juridiques conduit, précisément, à rendre malaisée la détection des atteintes à l'intérêt général en conférant au « secret-défense » une portée et un champ d'application trop large, et justifiés par l'invocation d'impératifs de sécurité nationale<sup>62</sup>. Or, la question du lancement d'alerte dans le domaine du renseignement et de la défense questionne frontalement notre capacité à assurer le respect effectif des droits humains face à la dérive d'un pouvoir dont le silence et l'invisibilité devient l'un des ressorts essentiels<sup>63</sup>. La recommandation commentée, se gardant bien de s'aventurer sur un terrain plus que polémique, se contente de préciser de manière pour le moins allusive que : « Les informations relatives à la sécurité nationale, à la défense, au renseignement, à l'ordre public ou aux relations internationales de l'Etat peuvent faire l'objet d'un régime particulier ou de règles particulières, prévoyant notamment des droits et obligations modifiés. » (Recommandation commentée, p. 8). Tout au plus le commentaire du dispositif se risque-t-il à faire référence, à la suite d'autres réflexions entamées dans le cadre du Conseil de l'Europe<sup>64</sup> au recueil non contraignant de bonnes pratiques élaboré à l'échelon international dans le cadre des principes dits de « Tswayne »<sup>65</sup> (Recommandation commentée, p. 30), qui suggèrent que les lanceurs d'alerte dans le domaine du renseignement soient protégés dès lors que sont réunies quatre conditions cumulatives<sup>66</sup>.
- 22 Cette quasi-abstention de l'Assemblée parlementaire sur ce sujet est d'autant plus dommageable que la jurisprudence de la Cour est particulièrement fluctuante en la matière. En effet, si celle-ci semble faire peser, depuis l'arrêt Bucur contre Roumanie de 2013, une forte présomption d'inconventionnalité sur les poursuites engagées contre les lanceurs d'alerte dans le domaine du renseignement et le domaine militaire dès lors que ces révélations présentent un intérêt public et que le lanceur d'alerte est de bonne foi<sup>67</sup>, la Cour était parvenue à une conclusion contraire dans des affaires pourtant en partie similaire.<sup>68</sup> Cet état du droit correspond certes à la pratique observable en Europe<sup>69</sup>, mais



apparaît particulièrement attentatoire au « bien-être » des populations auquel fait référence la recommandation, puisqu'elle permet la perpétuation d'atteintes graves aux droits humains et à l'intérêt général<sup>70</sup>. Qu'on le regrette ou que l'on s'en réjouisse, la situation des lanceurs d'alerte dans le domaine du renseignement semble durablement appelée à rester l' « angle mort » de la tentative de responsabilisation des gouvernants que constitue le whistleblowing<sup>71</sup>.

\*

- 23 Une fois clarifié le champ d'application de la notion de « lanceur d'alerte », la recommandation se concentre sur les moyens de mettre en place un environnement juridique favorable aux signalements d'intérêt général. En prenant acte, une fois de plus, des pratiques juridiques pertinentes s'agissant de la définition d'un fragile équilibre entre intérêt général et intérêts de l'Etat et des entreprises.

\*

## 2° / - Mettre en place un environnement juridique favorable aux signalements d'intérêt général

- 24 La majorité des études empiriques sur le whistleblowing soulignent que les deux principaux obstacles à la prise de parole des lanceurs d'alerte – et donc de l'effectivité du lancement d'alerte – sont, d'une part, la peur des représailles de la part de leur employeur<sup>72</sup> et, d'autre part, la peur de ne pas être soutenu dans leur démarche, de ne pas être entendu<sup>73</sup>. Suivant en cela les standards internationaux non contraignants en la matière, le Conseil de l'Europe insiste d'une part sur la nécessité d'accompagner en amont la démarche des lanceurs d'alerte et lever les obstacles juridiques à leur prise de parole (A) et de les protéger, a posteriori, des mesures de rétorsion et des tentatives de décredibilisation (B)

### A – En amont, accompagner les lanceurs d'alerte et lever les obstacles juridiques à leur prise de parole

- 25 Pour inciter les lanceurs d'alerte à prendre la parole plutôt qu'à maintenir le silence, il apparaît fondamental d'accompagner les lanceurs d'alerte et former les acteurs juridiques amenés à traiter l'alerte (1) et de maintenir la confidentialité des lanceurs d'alerte lorsque cela s'avère nécessaire (2)

#### 1) Accompagner les lanceurs d'alerte et former les acteurs juridiques amenés à traiter l'alerte

- 26 La recommandation entend encourager l'effectivité des normes protectrices des lanceurs d'alerte en permettant que celles-ci soient mieux connues des acteurs juridiques. Il est vrai que la majorité des études centrées sur l'effectivité de ces protections soulignent que celles-ci pourraient être rendues plus efficaces par les pouvoirs publics en mettant en place une communication efficace<sup>74</sup> pour que celle-ci soit mieux connue des acteurs et

donc, utilisée. A l'heure où certaines associations envisagent la création, en France, d'une « maison des lanceurs d'alerte », l'Assemblée Parlementaire souligne que l'accès à des conseils couverts par la confidentialité est très important pour les personnes qui ont constaté des actes répréhensibles ou des risques sur leur lieu de travail, car ces conseils sont « un moyen de faire en sorte que les informations parviennent à la personne ou à l'instance appropriée au bon moment. » et permettent de « protéger le lanceur d'alerte et d'apporter une assistance à l'employeur et au public en faisant en sorte que le signalement ou la révélation d'informations soient faits de façon responsable ». (Recommandation commentée, p.47). La recommandation insiste également sur la nécessité de « former les juges et d'autres décideurs » (ibid.) qui seront amenés à statuer sur des cas de lanceurs d'alerte<sup>75</sup> (ibid.). Enfin, prenant sans nul doute en compte le succès, constaté par la doctrine anglo-saxonne<sup>76</sup> comme par certaines instances officielles à l'étranger<sup>77</sup>, des canaux « internes » de dénonciation, qui permettraient de créer une « culture de la transparence » au sein des organisations, la recommandation considère utile que les États-Membres mettent en œuvre une politique de communication visant à faire comprendre aux employeurs qu'il est « dans leur intérêt d'encourager ceux qui travaillent pour leur compte à faire état suffisamment tôt de leurs préoccupations au sujet d'actes répréhensibles ou de risques de préjudice, et qu'ils puissent le faire en toute sécurité. ».

## 2) Assurer la confidentialité du lanceur d'alerte plutôt que son anonymat

- 27 Un autre point important dans le débat concernant la portée des protections accordées aux lanceurs d'alerte est celui de la protection de la confidentialité ou de l'anonymat de ceux-ci, tant dans le cadre du Conseil de l'Europe<sup>78</sup> qu'aux Etats-Unis. La confidentialité est à séparer clairement de l'anonymat : là où l'anonymat vise à rendre impossible l'identification d'une personne en toute hypothèse, la confidentialité implique que le récipiendaire de l'alerte ait accès à l'identité du lanceur d'alerte tout en s'engageant à ne pas la révéler à des tiers<sup>79</sup>.
- 28 La question de l'anonymat est particulièrement discutée : si certains soulignent ses bénéfices<sup>80</sup> et recommandent aux lanceurs d'alerte de rester anonymes<sup>81</sup>, d'autres soulignent la faible efficacité, voir le caractère contre-productif<sup>82</sup> des alertes anonymes, tout en soulignant l'impossibilité de mettre en œuvre un anonymat réel<sup>83</sup>. Dans l'espace européen, la mise en œuvre de l'anonymat apparaît particulièrement complexe car peu compatible avec le cadre européen de protection des données personnelles : la mise en place de hotlines d'alerte anonyme dans certaines filiales européennes d'entreprises nord-américaines, due aux effets extraterritoriaux du Sarbanes-Oxley Act qui impose à certaines entreprises de mettre en place des hotlines d'alerte anonyme<sup>84</sup> avait conduit le G29 à se prononcer de manière ferme contre le principe de l'anonymat des lanceurs d'alerte<sup>85</sup>. De plus, comme la soulignait le rapport de faisabilité ayant servi de base à la présente recommandation, les révélations anonymes « posent des problèmes juridiques et sociaux : il est rare que des informations anonymes puissent être admises comme preuves devant un tribunal. »
- 29 Ce sont sans doute l'ensemble de ces raisons qui ont conduit l'Assemblée Parlementaire à écarter l'instauration de l'anonymat pour les lanceurs d'alerte, celle-ci soulignant que « le principe de confidentialité [...] qui figure dans la recommandation ne devrait pas être confondu avec le signalement ou la révélation anonymes d'informations » (

Recommandation commentée, p. 30). Soulignons néanmoins que cette prise de position ferme de l'Assemblée Parlementaire ne clôt pas, loin s'en faut, le débat en la matière : comme le soulignait le rapport de faisabilité, « Les signalements anonymes, dont l'auteur ne révèle son identité à personne [...] resteront toujours possibles, quoi qu'en dise la loi ». Les alertes anonymes sont particulièrement susceptibles d'intervenir dans le secteur du renseignement, là où les lanceurs d'alerte ne peuvent lancer l'alerte auprès de la presse et n'ont donc pas d'autre moyen que, ce qui pose de manière aigüe la question de la protection des sources des journalistes, seule véritable garantie d'anonymat des lanceurs d'alerte<sup>86</sup>. L'étude de ces protections couvre des enjeux qui dépassent la présente étude. Soulignons toutefois que si trop peu d'Etats membres du Conseil de l'Europe protègent efficacement les sources des journalistes<sup>87</sup>, l'Assemblée Parlementaire<sup>88</sup> comme la Cour<sup>89</sup> sont particulièrement attentives à cette problématique, ce qui laisse entrevoir des possibilités d'évolutions des droits nationaux en la matière<sup>90</sup>.

- 30 Quant à la garantie de la confidentialité de l'alerte, que privilégie l'Assemblée Parlementaire, celle-ci implique que « la révélation de l'identité de la personne, que ce soit en interne ou à l'extérieur, ne peut se faire qu'avec son consentement », ce qui, dans certaines hypothèses, peut impliquer la nécessité « d'obtenir une décision judiciaire pour savoir si et dans quelle mesure l'identité du lanceur d'alerte peut être révélée » (Recommandation commentée, p. 30) lorsque cela s'avère nécessaire au regard des garanties du procès équitable ; cette recommandation correspond à cet égard aux « bonnes pratiques » internationales en la matière<sup>91</sup>.

## **B – En aval, protéger les lanceurs d'alerte et assurer le traitement effectif des alertes**

- 31 Une protection efficace des lanceurs d'alerte passe non seulement par le traitement effectif des alertes émises et par une présomption de bonne foi des lanceurs d'alerte, afin d'éviter à ceux-ci d'être l'objet de tentatives de décrédibilisation (1) Mais il s'agit aussi de protéger ceux-ci contre toutes les mesures de rétorsion dont ils peuvent l'objet par la suite (2)

### **1) Protéger l'« alerte » en garantissant son traitement effectif, et présumer la bonne foi du lanceur d'alerte**

- 32 Rappelant qu'assurer une réaction aux signalements constitue l'un des moyens d'encourager le lancement d'alerte<sup>92</sup>, la recommandation considère qu'« il est dans l'intérêt des organisations, des organes réglementaires, des autorités de répression et des citoyens » que les signalements et les révélations d'informations « fassent l'objet d'enquêtes et que, si nécessaire, des mesures soient prises pour remédier au problème, en particulier pour éviter de plus graves préjudices. » et ce « sans délai » (Recommandation commentée, p. 40) Dans ce cadre, est envisagé l'introduction d'infractions pour ne pas avoir prévenu les dommages, étant souligné qu'il est nécessaire de donner aux tribunaux les moyens d'accorder une réparation au lanceur d'alerte » (Recommandation commentée, p. 41). Cet aspect essentiel de la protection des lanceurs d'alerte est particulièrement bien traité par le Public Interest Disclosure Act en Grande-Bretagne - où l'absence d'enquête sur une préoccupation soulevée peut constituer une mesure de rétorsion à l'égard d'un lanceur d'alerte<sup>93</sup>-, mais également aux Etats-Unis<sup>94</sup>, et ce malgré l'échec constaté des agences de protection des lanceurs d'alerte<sup>95</sup>. En France, faute d'instance de

protection ad hoc des lanceurs d'alerte et faute de clarification du rôle du Service Central de Lutte contre la Corruption<sup>96</sup>, cet aspect de la protection des « lanceurs d'alerte » manque cruellement.

- 33 Un autre moyen de protéger le lanceur d'alerte, qui constitue la règle aux Etats-Unis<sup>97</sup> et fait partie intégrante des standards internationaux en matière de whistleblowing<sup>98</sup> est d'exiger de celui-ci qu'il soit de « bonne foi » pour séparer les alertes infondées des alertes authentiques, tout en présupposant cette bonne foi. Dans la jurisprudence de la Cour EDH, celle-ci est déterminante<sup>99</sup>.
- 34 La notion de « *bonne foi* » entendue en ce sens est problématique en ce que la légitimité d'un déclenchement d'alerte ne tient pas tant à un élément subjectif – l'intention du lanceur d'alerte – qu'à un élément objectif, l'intérêt pour la société de la divulgation de l'information en question. Au Royaume-Uni, c'est d'ailleurs pour cette raison que l'article 18 de l'Enterprise and Regulatory Reform Act de 2013 a supprimé, au sein du “Public Interest Disclosure Act” de 1998, la condition de “bonne foi” du lanceur d'alerte<sup>100</sup>, ce qui conduira à l'avenir à se focaliser sur l'intérêt public de la divulgation (public interest test)<sup>101</sup>. C'est pour cette raison que le rapport de faisabilité avait estimé qu'un signalement de « *bonne foi* » devrait être défini « *comme un signalement ayant été fait « honnêtement », et les auteurs de signalements devraient être présumés de bonne foi jusqu'à preuve du contraire* »<sup>102</sup>. La présente recommandation en prend acte en estimant que la personne ayant fait un signalement ou ayant révélé des informations « ne devrait pas perdre le bénéfice de sa protection au seul motif qu'elle a commis une erreur d'appréciation des faits ou que la menace perçue pour l'intérêt général ne s'est pas matérialisée, à condition qu'elle ait eu des motifs raisonnables de croire en sa véracité. » (Recommandation commentée, p. 41). La bonne foi est donc réduite à la croyance raisonnable de se trouver face à une situation contraire à l'intérêt général, ce qui facilite grandement l'octroi d'une protection aux lanceurs d'alerte. Il faut souhaiter sans aucun doute, que la Cour de Strasbourg retienne, à terme, cette conception de la bonne foi.

## 2) Protéger le « lanceur » d'alerte contre l'ensemble des mesures de rétorsion ultérieures et renverser la charge de la preuve.

- 35 Comme le soulignait le rapport de faisabilité (préc.), l'éventail des mesures de représailles que peut subir un donneur d'alerte est large, si bien qu'il est nécessaire, comme le suggéraient le GRECO<sup>103</sup> et le G20<sup>104</sup>, d'assurer à ceux-ci une immunité intégrale : **non seulement le lanceur d'alerte reconnu de bonne foi ne doit pas pouvoir faire l'objet de mesures de rétorsion au sein de la fonction publique mais il doit aussi être mis à l'abri des « poursuites-bâillon » sur le plan pénal et civil.** La recommandation en prend acte d'une part en considérant qu'« il est nécessaire d'interdire toutes les représailles, que ce soit sous une forme active, comme les mesures disciplinaires ou le licenciement, ou sous une forme passive, comme le refus de promotion ou d'accès à la formation » (Recommandation commentée, p. 10). Cette rédaction large correspond également aux « bonnes pratiques » observables en la matière<sup>105</sup>. **Mais les lanceurs d'alerte sont également particulièrement sujets aux poursuites abusives en diffamation**<sup>106</sup>, ce qui nécessite, aux yeux de l'Assemblée, que « le lanceur d'alerte [puisse dans ce cadre] invoquer [...] le fait que le signalement ou la révélation d'informations ait été faite conformément au cadre national ». Cela correspond en France – par exemple – à l'« exception de bonne foi »<sup>107</sup>. Parallèlement, la « responsabilisation » des employeurs à laquelle la recommandation fait référence pourrait impliquer la mise en place de

sanctions pénales à l'égard d'employeurs faisant subir des mesures de rétorsion aux employés lanceurs d'alerte<sup>108</sup>. Ces derniers doivent enfin, sans qu'en soient précisées les modalités de mise en œuvre, pouvoir solliciter « des mesures provisoires, en particulier en cas de perte d'emploi » (Recommandation commentée, p. 10)

- 36 La protection des lanceurs d'alerte, sous peine d'être ineffective, ne peut en outre se passer d'**une redéfinition de la charge de la preuve** de l'existence d'un lien de causalité entre la mesure de représailles et le signalement : faire reposer sur l'employé une telle charge conduirait à priver d'effet les protections instituées. Ce n'est donc pas un hasard si les législations « avancées » en matière de lancement d'alerte, à savoir les Etats-Unis<sup>109</sup> et le Royaume-Uni<sup>110</sup> ont institué **un système de partage de la charge de la preuve**. La recommandation en prend acte en recommandant que, sous réserve que le lanceur d'alerte donne « des motifs raisonnables de penser que l'acte préjudiciable constituait une forme de représailles à la suite de son signalement » il incombe à l'employeur d'« établir que telle n'était pas la motivation de l'acte préjudiciable » (Recommandation commentée, p. 10)

\*

\* \*

## Conclusion : La protection des lanceurs d'alerte, une nouvelle « pierre de Sisyphe » européenne ?

- 37 La présente étude, loin d'être exhaustive et d'épuiser l'ensemble des problématiques liées à la protection des « lanceurs d'alerte » à l'échelon européen, a permis de cerner l'identité du whistleblowing dans l'espace européen (1), tout en révélant le cruel manque de statut du lanceur d'alerte à l'échelle de la « Grande Europe » et de l' « Europe des 27 » (2)

### 1) Une affirmation de l'identité du whistleblowing dans l'Europe des droits de l'homme

- 38 Reprenant à son compte et synthétisant les standards internationaux les plus élaborés en matière de whistleblowing, **la recommandation commentée constitue indéniablement un pas en avant dans la mise en place d'un statut européen du lanceur d'alerte**. Elle représente en effet un affinement des précédentes recommandations du Conseil de l'Europe en la matière et fournira sans aucun doute nombre d'arguments utiles à la société civile comme aux gouvernants lorsqu'il s'agira de mettre en place une politique efficace en matière de protection des lanceurs d'alerte, ou de plaider en ce sens. **Et, malgré son caractère peu contraignant, son autorité persuasive permettra probablement à terme de clarifier la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme sur ce point.**
- 39 Au-delà, l'étude de cette recommandation nous a permis de cerner l'identité<sup>111</sup> du lanceur d'alerte dans l'Europe des droits de l'homme, à la fois ressemblante, et dissemblante à l'égard de la pratique internationale pertinente en la matière. Dans l'Europe des droits de l'Homme comme dans la plupart des Etats, **le Whistleblower (lanceur d'alerte) n'est pas un Leaker (fuiteur d'informations)**<sup>112</sup> : le lanceur d'alerte,

s'il peut contribuer à créer un environnement ouvert et transparent et est généralement acclamé comme tel, n'est pas un « héros de la transparence ». Son action, à l'inverse de celle du Leaker qui vise à imposer la transparence sur toutes les activités des gouvernements et des entreprises en disséminant de la manière la plus large possible des informations qui auraient dû rester secrète en temps normal<sup>113</sup>, est ciblée. Elle ne vise que de manière ponctuelle à mettre à jour des faits contraires à l'intérêt et au bien-être des sociétés pour sommer les pouvoirs publics d'y mettre fin : **le lanceur d'alerte dans l'espace européen émerge ainsi comme un mécanisme « monitoire » de gestion de la chose publique**, visant à encourager la responsabilisation des titulaires du pouvoir. Conséquence immédiate : la pratique de dissémination globale d'informations telle que pratiquée par Wikileaks, si elle mériterait sans doute une reconnaissance et a sans aucun doute sa légitimité dans une démocratie<sup>114</sup>, n'est pas à considérer comme une pratique de « lancement d'alerte ».

- 40 Mais le lanceur d'alerte dans l'Europe des droits de l'homme ne ressemble pas à certains de ses homologues anglo-saxons qui lancent l'alerte en vue d'y gagner un intérêt financier. **L'Assemblée parlementaire n'a pas opté pour un modèle de rétribution financière des lanceurs d'alerte comme cela est le cas dans certaines législations**<sup>115</sup> mais pour un modèle de protection calqué sur les dispositifs de lutte contre les discriminations, justifié par la situation de vulnérabilité des lanceurs d'alerte. Dans ce cadre, **le lanceur d'alerte n'est pas vu comme un « mercenaire » au service des pouvoirs publics, mais comme un citoyen soucieux de concourir à la garantie des droits de l'homme et du « vivre ensemble » cher au Conseil de l'Europe**<sup>116</sup>. Et ce sont les risques qu'il prend au nom de la société qui justifient sa protection. En cela, le lanceur d'alerte dans l'Europe des droits de l'homme n'apparaît pas conçu comme un simple citoyen instrumentalisé par des pouvoirs publics soucieux d'assurer la mise en œuvre de leurs politiques, mais comme un acteur à part entière de la société civile et comme un défenseur des droits humains dont il peut permettre de garantir l'effectivité<sup>117</sup> : le voici enjoint à contribuer pleinement à l'entreprise de redéfinition permanente fragile point d'équilibre entre intérêt général et intérêts des organisations. Soulignons que si conception du lanceur d'alerte – dont l'on comprend qu'elle a pu être qualifiée d'« éthique » – est séduisante mais non dépourvue d'ambiguïtés. L'approche pragmatique du phénomène qui prévaut aux Etats-Unis, si elle ne correspond pas aux standards européens en matière d'éthique, ne serait-elle pas à nombre d'égards plus efficace pour lutter contre les abus gouvernementaux<sup>118</sup> ? **Élever le lanceur d'alerte au rang de « héros » de la démocratie, n'est-ce pas exposer celui-ci à des risques supplémentaires**<sup>119</sup> ? Ne serait-ce pas également entretenir l'illusion quelque peu fétichiste d'avoir découvert dans le lancement d'alerte un ultime substitut aux mécanismes de contrôle démocratique traditionnels qui, c'est désormais un lieu commun que de le souligner, traversent une crise profonde ?

## 2) Un cheminement laborieux vers un véritable statut européen du lanceur d'alerte

- 41 Mais cette avancée notoire ne doit pas conduire à masquer la réalité des protections dont bénéficient les lanceurs d'alerte au niveau européen : celles-ci, malgré des progrès, apparaissent pour le moins variables<sup>120</sup>. Certains Etats ne disposent à ce jour d'aucune protection spécifique de ces personnes, ni d'aucune politique publique cohérente en la

matière. A ce titre, l'on ne peut que regretter que l'idée de mettre en place une convention-cadre européenne contraignante, solution qui avait été envisagée respectivement par une recommandation de l'Assemblée parlementaire en 2010<sup>121</sup> et par la commission des questions juridiques et des droits de l'homme de la même Assemblée en 2014<sup>122</sup>, ait été largement abandonnée en raison des difficultés inhérentes au processus décisionnel intergouvernemental. Ce statut quo apparaît d'autant plus dommageable qu'il est à craindre que certaines initiatives provenant de l'Union Européenne, telle que le futur projet de directive européenne sur le secret des affaires, ne vienne impacter négativement les efforts législatifs entrepris dans certains états européens pour protéger les lanceurs d'alerte. Néanmoins, dans un double contexte de concurrence entre ordres juridiques européens en matière de protection des droits fondamentaux, **peut-être est-ce précisément de l'Union Européenne que viendra le « salut » des lanceurs d'alerte ?** L'on peut envisager cette solution, car les conclusions d'un ambitieux rapport rendu en 2013 et se prononçant en faveur de mesures de protection des lanceurs d'alerte au niveau de l'Union Européenne n'ont pas été suivies à ce jour, l'idée d'une directive européenne en la matière semble faire sa route du côté du Parlement européen<sup>123</sup>.

- 42 Il appartiendra alors à la société civile déjà fortement mobilisée sur cette question de permettre de faire prendre conscience du rôle central de la protection des lanceurs d'alerte dans la bonne marche de nos démocraties. Car, **comme le rappelle le philosophe C. F. Alford, si la situation « tragique » des lanceurs d'alerte n'est pas la problématique la plus importante à laquelle les démocraties modernes sont amenées à faire face, elle « en recoupe pourtant bien d'autres »**<sup>124</sup> : S'interroger sur l'étendue des protections qu'une démocratie entend accorder aux « lanceurs d'alerte » conduit nécessairement à s'interroger sur l'étendue et sur les limites de la transparence, de la liberté d'expression et de la responsabilité des gouvernants. Problématiques qui, en ces temps troublés, apparaît sans cesse renouvelées par le déploiement des technologies et des libertés économiques.

\*

- 43 **Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, 30 avril 2014, Recommandation CM/Rec(2014)7 aux Etats membres sur la protection des lanceurs d'alerte et exposé des motifs**

\*

Les Lettres « Actualités Droits-Libertés » (ADL) du CREDOF (pour s'y abonner) sont accessibles sur le site de la Revue des Droits de l'Homme (RevDH) – Contact



## NOTES

1. Extrait de l'audition d'Edward Snowden par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe.
2. Sur ces programmes, v. la Note du Parlement Européen : « The U.S Surveillance Programmes and their Impact on EU Citizen's Rights », mai 2013.
3. V., du côté du Parlement Européen, la Résolution P7\_TA-PROV(2014)0230 du 12 mars 2014 *sur le programme de surveillance de la NSA, les organismes de surveillance dans divers États membres et les incidences sur les droits fondamentaux des citoyens européens et sur la coopération transatlantique en matière de justice et d'affaires intérieures* du 2 mars 2014 ; et plus récemment, les études du Parlement Européen sur les risques et opportunités suscités par les mutations numériques et l'émergence de la surveillance de Masse : « Mass surveillance, part II – Technology foresight, options for longer term security and privacy improvements » ; « Mass surveillance, part I – Risks and opportunities raised by the current generation of network and applications », décembre 2014.
4. V. publié quelques mois après les révélations Snowden : Arcadio Diaz Terera, « La sécurité nationale et l'accès à l'information », Conseil de l'Europe, CDCJ(2013)13293, Strasbourg, Septembre 2013 ; et, plus récemment, Peter Omtizgt, « Les opérations massives de surveillance en Europe », Conseil de l'Europe, CDCJ(2014), AS/Jur(2015)01, Strasbourg, janvier 2015.
5. V. notamment : Fabrice Lhomme et Gérard Davet, « *SwissLeaks* : révélations sur un système international de fraude fiscale », *Le Monde*, 9 février 2015 ; Serge Michel, « *SwissLeaks* : Les coulisses d'une investigation mondiale », *Le Monde*, 9 février 2015 ; « *SwissLeaks* » : plus de 6 milliards d'avoirs belges concernés RFI, 10 février 2015 ; Alexandre Léchenet, Anne Michel et Simon Piel, « Les 1001 visages des évadés fiscaux » *Le Monde*, 9 février 2015 ; « *SwissLeaks* » : « Nous publions les noms des personnalités dont la fraude est manifeste », *Le Monde*, 9 février 2015
6. V. D. Lochak, « L'alerte éthique entre dénonciation et désobéissance », *AJDA* n° 39, 11 novembre 2014, p. 2233.
7. Pour une présentation exhaustive, v.: R. Vaughn, « *The successes and failures of Whistleblower Laws* », Edward Elgar Publishing, 2012, pp. 286-309
8. V, sur le rôle du GAP dans la légitimation et la diffusion du concept de whistleblower : Roberta Ann Johnson *Whistleblowing: When it Works--and why*. Lynne Rienner Publishers, 2003, pp. 117-120 ; M. Glazer, P. Glazer. *The whistleblowers : Exposing corruption in government and industry*. Basic Books, 1989, pp. 9-38.
9. J. Ackerman et I. Sandoval, *The Global Explosion of Freedom of Information Laws*, 58 *Admin. L. Rev.* 85 2006, p. 85 et suiv.
10. V. Bureau du Haut-Commissaire aux Droits de l'Homme de l'ONU. « Mass surveillance : Pillay urges respect for right to privacy and protection of individuals revealing human rights violations ». 12 juillet 2013 ; « *UN expert calls for concrete protection to support civil society voices, including 'whistleblowers'* », New-York, 11 septembre 2013 ; Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, 2 octobre 2013, « Résolution 1954(2013) sur la sécurité nationale et l'accès à l'information » ; Arcadio Diaz Terera, « La sécurité nationale et l'accès à l'information », Conseil de l'Europe, CDCJ (2013)13293, Strasbourg, Septembre 2013.

11. Il s'agit des « Principes globaux de la sécurité nationale et du droit à l'information », publiés le 12 juin 2013, élaborés par 17 ONG et cinq centres universitaires

12. Voir, sur ce sujet : Valérie Junod, « La liberté d'expression du whistleblower », *RTDH* 2009, p. 227 et « Lancer l'alerte : quoi de neuf depuis Guja ? », *RTDH*, n° 98, 2014, p. 459.

13. V., du côté des organisations non gouvernementales : International Human Rights Council : « Corruption and Human rights : making the connection »

14. V. A. Bouilhet, « Les lanceurs d'alerte, ces enfants du G20 et de la crise financière », *Le Figaro*, 9 février 2015.

15. L'article 13-2 de la Convention des Nations unies contre la corruption du 31 octobre 2003 dite de « Mérida » prescrit des organes de prévention connus du public et accessibles pour tout signalement d'infraction, « y compris sous couvert d'anonymat », tandis que son article 33 prévoit la protection de « toute personne qui signale aux autorités compétentes, de bonne foi et sur la base de soupçons raisonnables » des faits de corruption.

16. L'article 9 de la Convention civile sur la corruption du Conseil de l'Europe du 4 novembre 1999 prévoit la protection des employés signalant des faits de corruption.

17. V., sur les travaux du GRECO : C. Speckbacher, « The protection of whistleblowers in the light of GRECO's work » Secretariat du GRECO. 20 Mars 2009

18. OCDE, « Whistleblower protection: encouraging reporting », Paris, 2012; « G20 Compendium of Best Practices for Legislation on the Protection of Whistleblowers », Paris, 2011.; « G20 Guiding Principles for Legislation on the Protection of Whistleblowers », Paris, 2011; « Guidelines for Managing Conflict of Interest in the Public Service », Paris, 2003.

19. V. notamment Transparency international, « Whistleblowing: an effective tool in the fight against corruption », 2010; « Recommended draft principles for Whistleblowing Legislation »; « Alternative to Silence: Whistleblower Protection in 10 European Countries », 2009.

20. L'article 5-c de la Convention (n° 158) sur le licenciement, ONU-OIT, 1982 prévoit que ne constitue pas un motif valable de licenciement le fait d'avoir déposé une plainte, participé à des procédures engagées contre un employeur en raison de violations alléguées de la législation, ou présenté un recours devant les autorités compétentes.

21. Voir plus largement, sur ces instruments internationaux : Nicole-Marie Meyer, « Le droit d'alerte en perspective : 50 années de débats dans le monde », *AJDA* n° 39, 11 novembre 2014, pp. 2242

22. Le « Government Accountability Project » décrit ainsi l'état des protections accordées aux lanceurs d'alerte au sein de l'Union Européenne comme marquée par un « leadership du Royaume-Uni », tandis que l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe soulignait l'importance de l'exemple des Etats-Unis en la matière. Voir APCE (2009), « La protection des « donneurs d'alerte », Rapport, Commission des questions juridiques et des droits de l'homme. Rapporteur : M. Pieter Omtzigt, 14 septembre 2009 ; Thad Guyer, Nikolas Peterson, « The current state of whistleblower law in Europe », rapport du Government Accountability Project, 8 mai 2013.

23. V. Communication de la Commission sur la lutte contre la corruption dans l'Union européenne (6 juin 2011, COM (2011) 308); Résolution du Parlement européen du 23 octobre 2013 sur la criminalité organisée, la corruption et le blanchiment de capitaux : recommandations sur des actions et des initiatives à entreprendre (rapport final) (2013/2107(INI)) §14, 70, 109

24. V. Résolution 1729 (2010) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur la protection des donneurs d'alerte

25. *Ibid.*

26. Paul Stephenson, Michael Levi, « La protection des donneurs d'alerte », *Rapport d'étude sur la faisabilité d'un instrument juridique sur la protection des employés qui divulguent des informations dans l'intérêt public*, Conseil de l'Europe, CDCJ(2012)9FIN, Strasbourg, décembre 2012
27. Idée longuement évoquée, par exemple, dans le rapport Paul Stephenson, Michael Levi, préc., pp. 23-27, mais également dans le rapport d' Arcadio Diaz Terera de 2013, également préc.
28. V. Par ex, en France, le circuit de « veille sanitaire ». D. Benamouzik et J. Besançon, « Administrer un monde incertain : les nouvelles bureaucraties techniques. Le cas des agences sanitaires en France. » *Sociologie du travail*, 2005, vol. 47, no 3, p. 301-322.
29. Certains chercheurs cherchent à en faire un phénomène conceptuellement différent du « lancement d'alerte », en désignant ceux-ci par le terme de sonneurs de cloche (bell-ringers). V.M. Miceli, S. Dreyfus, J. Near, « Outsider 'whistleblowers' conceptualizing and distinguishing 'bell-ringing' behavior », in A.J Brown, David Lewis, Richard Moberly (dir) *International Handbook on Whistleblowing Research*, juillet 2014
30. Telle était également l'opinion de Paul Stephenson, le co-rédacteur du rapport de faisabilité ayant servi de base de travail à la présente recommandation. V. P. Stephenson, « What makes a good whistleblowing law ? » .
31. Tel est par exemple le cas du *Public Interest Disclosure Act* au Royaume-Uni. Voir, pour une présentation détaillée du champ d'application de cette loi : P. Halliday, *Whistleblowing : the new 'public interest' test and other developments* », mai 2013.
32. La recommandation rappelle ici le considérant de principe de l'arrêt *James et autres c. Royaume-Uni* du 21 février 1986 : « La Cour estime que, grâce à une connaissance directe de leur société et de ses besoins, les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour déterminer ce qui est « d'utilité publique ». [...] Estimant normal que le législateur dispose d'une grande latitude pour mener une politique économique et sociale, la Cour respecte la manière dont il conçoit les impératifs de l'« utilité publique », sauf si son jugement se révèle manifestement dépourvu de base raisonnable » (Cour EDH, 21 février 1986, *James et autres c. Royaume-Uni*)
33. Marge d'appréciation qui, dans la jurisprudence de la Cour EDH, n'est pas dépourvue d'ambiguïtés. V. Laurence Burgorgue-Larsen, « Le jeu ambigu du consensus européen dans la détermination de la marge d'appréciation. La vision critique de Françoise Tulkens », *Strasbourg Observers*, 6 septembre 2012.
34. Abraham Mansbach, "Whistleblowing as fearless speech: The radical democratic effects of late-modern parrhesia", in David Lewis, Wim Vandekerckhove (dir), *Whistleblowing and democratic values. London, The International Whistleblowing Research Network*, 2011, p. 12-26.
35. Cour EDH, 5e Sect., 21 juillet 2011, *Heinisch c. Allemagne*, req. n° 28274/08.
36. Cour EDH, GC, 12 février 2008, *Guja c. Moldavie* , req. n° 14277/04.
37. Cour EDH, 1e Sect., 26 février 2009, *Kudeshkina c. Russie*, req. n° 29492/05.
38. Cour EDH, 5e sect., 17 octobre 2011, *Sosinowska c. Pologne*, req. n° 10247/09.
39. Cour EDH, 2e Sect., 8 janvier 2013, *Bucur et Toma c. Roumanie*, Req. n° 40238/02.
40. Cour EDH, 7 novembre 2006, *Mamère C. France*, req. n° 12697/03.
41. Cour EDH, 2e Sect., 21 octobre 2014, *Matúz c. Hongrie*, req. n° 73571/10.
42. Cour EDH, 25 août 1998, *Hertel c. Suisse*, req. n° 53440/99.

43. La recommandation considère en outre que : « *Le fait que le lanceur d'alerte ait révélé des informations au public sans avoir eu recours au système de signalement interne mis en place par l'employeur peut être pris en considération lorsqu'il s'agit de décider des voies de recours ou le niveau de protection à accorder au lanceur d'alerte.* »

44. V. not. Wim Vandekerckhove, David Lewis, « The content of whistleblowing procedures: A critical review of recent official guidelines. » *Journal of Business Ethics*, 2012, vol. 108, no 2, p. 253-264 ; Wim Vandekerckhove, «European whistleblower protection: tiers or tears? », in David Lewis (dir.) *A Global Approach to Public Interest Disclosure*, 2009, p. 15-35.

45. Le Public Interest Disclosure Act autorise ainsi la divulgation d'informations en interne auprès de l'employeur (Section 43C), auprès d'une autorité de régulation ou de membres du parlement (Section 43 D) et de la presse en dernier recours (Section 43G), mais le niveau d'exigence pour bénéficier d'une protection va en s'accroissant. V. Pour une présentation synthétique de ce système : Public Concern at Work, « Providing an alternative to silence: Towards greater support for whistleblowers in the EU - Country report: United Kingdom », novembre 2013, p. 5.

46. Paul Stephenson, Michael Levi, « La protection des donneurs d'alerte », *Rapport d'étude sur la faisabilité d'un instrument juridique sur la protection des employés qui divulguent des informations dans l'intérêt public*, Conseil de l'Europe, CDCJ(2012)9FIN, Strasbourg, décembre 2012, p. 30

47. *Ibid.*, p. 31

48. Le *Committee on Standards of Public Life* a ainsi souligné de manière constante que l'objectif du PIDA ne consiste qu'à stopper des activités nuisibles à l'intérêt de la société, et non constituer un substitut au manque de transparence gouvernementale. V. Parliament. House of Commons. Public Administration Select Committee, « Leaks and Whistleblowing in Whitehall: Report, Together with Formal Minutes », 2005, p. 91

49. Dans son interprétation du *Whistleblower Protection Act*, le circuit fédéral américain a systématiquement refusé que soit accordée une protection aux lanceurs d'alerte s'étant exprimés auprès de personnes n'ayant pas les moyens de remédier au problème dénoncé. *Huffman v. Office of Personnel Management*, 263 F.3d 1341, 1350, Fed. Cir. (2001)

50. Cour EDH, 2e Sect., 8 janvier 2013, Bucur et Toma c. Roumanie, req. n° 40238/02, §95-98.

51. V. Cour EDH, 22 novembre 2007, Voskuil c. Pays-Bas, req. n° 64752/01.

52. Dans un arrêt de 2012 qui concernait une alerte au public sur une affaire de pollution des eaux, la Cour EDH fait pour la première fois référence de manière explicite à la légitimité de la diffusion d'une alerte au public, en relevant que : « *Tel qu'il ressort d'une simple lecture de l'article litigieux, le requérant voulait tirer un signal d'alarme et informer la population du département de Dolj de la pollution des eaux par la société A. De l'avis de la Cour, cet épisode de pollution répondait à un intérêt public, important en l'occurrence* » (Cour EDH, 3e sect., 19 juin 2012, Tanasoica c/ Roumanie, n° 3490/03, §52).

53. V. en ce sens, pour une protection élevée au titre de l'article 10 accordée à des militants environnementaux : Cour EDH, 4e Sect., 15 février 2005, Steel et Morris c. Royaume-Uni, req. n° 68416/01, §89.

54. Le rapport adoptait d'ailleurs pour définition préalable du lancement d'alerte la définition adoptée par Calland et Dehn dans « *Whistleblowing Around the World* », qui définit le concept comme l'ensemble des « *moyens à la disposition d'un employé pour exprimer ses préoccupations face à des actes répréhensibles sur son lieu de travail.[...]* » V. Richard Calland, Guy Dehn, *Whistleblowing Around the World : Law, Culture & Practice* ODAC, 2004, 207 p.

55. Le même mouvement d'extension des contours du *whistleblowing* se laisse à voir aux Etats-Unis, où la Cour suprême des États-Unis a rendu une décision étendant aux contractants et sous-traitants d'une société cotée la protection accordée par le *Sarbanes-Oxley Act* de 2002 aux seuls employés de ces sociétés. V. SCOTUS, *Lawson v. FMR LLC*, No. 12-3, 2014 BL 57958 (U.S. Mar. 04, 2014). V. également G Rapp, « Opinion analysis: Coverage of SOX whistleblower protection is no longer Up in the Air », *SCOTUSblog*, Mar. 5, 2014

56. Cette définition du lanceur d'alerte comme étant le premier à avoir eu accès à et révélé l'information divulguée est particulièrement visible aux Etats-Unis où le « *False Claims Act* », qui autorise virtuellement des personnes extérieures à l'organisation à lancer l'alerte, n'accorde néanmoins une protection qu'aux personnes ayant été les premiers à rompre l'omerta (*original source*) V. 31 U.S.C. § 3730(e)(4)(B). V. également SCOTUS, *Rockwell International Corp. v. United States*, 549 U.S. 457 (2007)

57. Maria Miceli souligne que le cas des journalistes est à traiter à part, dans la mesure où le traitement et la découverte de l'information est précisément leur cœur de métier. V. Marcia Miceli, Suelette Dreyfus, Janet Near, « Outsider 'whistleblowers' conceptualizing and distinguishing 'bell-ringing' behavior », in A.J Brown, David Lewis, Richard Moberly (dir), *International Handbook on Whistleblowing Research*, juillet 2014.

58. « En effet, les affaires de corruption sont difficiles à détecter et à instruire et les employés ou les collègues (du secteur public ou privé) des personnes impliquées sont souvent les premiers à découvrir ou à suspecter quelque chose d'anormal. »

59. Cour EDH, G.C. 12 février 2008, *GUJA c. Moldavie*, Req. n° 14277/04, § 72.

60. V. du côté du Congrès, le rapport *Liberty and Security in a Changing World*, décembre 2013. V. Plus largement : M. Khemani. "The Protection of National Security Whistleblowers: Imperative But Impossible A Critical Appraisal of the Scope and Adequacy of Whistleblower Protection Laws for National Security Whistleblowers." (2009)

61. La récente étude du Conseil d'Etat sur « Le numérique et les droits fondamentaux » (La Documentation française, 2014) préconise de reconnaître aux agents du renseignement le droit de signaler l'existence de programmes illégaux de collectes de données, et ce selon des « modalités sécurisées » (Proposition n° 42, p. 324).

62. Après avoir passé en revue 23 législations d'États-membres du Conseil de l'Europe, le rapport du 25 septembre 2006 portant sur l'équité des procédures judiciaires dans les affaires d'espionnage ou de divulgation de secrets d'Etat » souligne que « tous les systèmes législatifs passés en revue sont susceptibles de donner lieu à des abus » en matière de classification des informations. V. Christos Pourgourides, « Equité des procédures judiciaires dans les affaires d'espionnage ou de divulgation de secrets d'Etat », CDCJ(2006), Doc. 11031, Strasbourg, septembre 2006.

63. Peter Omtzigt avait ainsi rappelé au nom du Conseil de l'Europe, en citant la jurisprudence pertinente de la Cour, que « Les opérations massives de surveillance constituent a priori une atteinte à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui lie l'ensemble des États membres du Conseil de l'Europe. » V. Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe, Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, « Les opérations massives de surveillance en Europe » et « Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme sur la protection des donneurs d'alerte », Note introductive rédigée par Pieter Omtzigt, 23 janvier 2014, AS/Jur (2014) 02 (déclassifié).

64. Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, 2 octobre 2013, « Résolution 1954(2013) sur la sécurité nationale et l'accès à l'information » ; Arcadio Diaz Terera, « La sécurité nationale et l'accès à l'information », Conseil de l'Europe, CDCJ(2013)13293, Strasbourg, Septembre 2013.

65. Il s'agit des « Principes globaux de la sécurité nationale et du droit à l'information », publiés le 12 juin 2013, élaborés par 17 ONG et cinq centres universitaires.

66. 1) L'information concerne les actes répréhensibles d'un gouvernement ou d'entreprises travaillant avec l'Etat ; (2) la personne a tenté de signaler un acte répréhensible, à moins qu'il n'ait pas existé d'organisme susceptible d'enquêter avec efficacité ou si le signalement aurait pu présenter un risque significatif de destruction des preuves, ou de représailles à l'encontre du lanceur d'alerte ou d'un tiers ; (3) la révélation d'informations s'est limitée aux informations raisonnablement nécessaires pour mettre au jour l'acte répréhensible ; et (4) le lanceur d'alerte avait des motifs raisonnables de penser que la révélation d'informations était plus bénéfique que le silence.

67. Dans l'arrêt *Bucur c. Roumanie* de 2013, la Cour EDH a invalidé la condamnation d'un agent des services secrets roumains ayant révélé à l'occasion d'une conférence de presse des informations classifiées démontrant la mise sur écoute de journalistes, de personnalités politiques et d'hommes d'affaire. Dans cette décision, la Cour avait notamment relevé l'intérêt public des révélations, rappelant qu'un « système de surveillance secrète destiné à protéger la sécurité nationale comporte le risque de saper, voire de détruire, la démocratie au motif de la défendre »

68. Ainsi, dans l'affaire *Pasko c. Russie* de 2010, qui concernait un journaliste ayant rendu public plusieurs atteintes graves à l'environnement par la Marine russe en fournissant des informations classifiées à une chaîne de télévision et à un journal japonais, la Cour avait refusé d'accorder une protection particulière au requérant, qui avait été condamné à quatre ans d'emprisonnement par le tribunal militaire de la Flotte russe du Pacifique pour trahison sous forme d'espionnage. Pour rendre sa décision, la Cour a notamment estimé qu'en sa qualité d'officier militaire, le demandeur était tenu à un devoir de discrétion quel que soit le domaine entrant dans l'exercice de ses fonctions et que la sanction prise par les autorités russes était « proportionnée » au but recherché, celui de préserver un « dommage [potentiellement] grave pour la sécurité nationale ». La pratique du « leaking » semble de prime abord ne pas faire l'objet d'une protection particulière dans la jurisprudence de la Cour EDH.

69. Au Royaume-Uni, La section 43 B) 3) du Public Interest Disclosure Act interdit le lancement d'alerte -à l'exception des alertes internes aux services- lorsque la divulgation d'une information est punie par la loi, ce qui englobe l'ensemble des très nombreuses informations classifiées sous l'empire de l'Official Secrets Act. Voir sur ce point, l'étude comparée de D. Banisar : "Freedom of Information: International Trends and National Security.", *Workshop on Democratic and Parliamentary Oversight of Intelligence Services*. 2002.

70. Pour une analyse soulignant l'impact négatif des politiques « sécuritaires » et des classification abusive des informations gouvernementales sur la prévention des risques environnementaux et atteintes à l'environnement dans le contexte juridique Nord-Américain, voir : Stephen Dycus, « Osama's Submarine : National Security and Environmental Protection After 9/11. » *William & Mary Environmental Law & Policy Review*, 2005, vol 30, n° 1.

71. V. David Banisar, "Government secrecy: Decisions without democracy", *People for the American Way Foundation*, 2007.

72. Jessica Mesmer-Magnus et Chockalingam Viswesvaran, « Whistleblowing in organizations: An examination of correlates of whistleblowing intentions, actions, and retaliation. », *Journal of Business Ethics*, 2005, vol. 62, numéro 3, p. 277-297.

73. Janet Near et Maria Miceli, « Effective-Whistle Blowing. », *Academy of Management Review*, 1995, vol. 20, n° 3, pp. 679-708.

74. Les rapports officiels, aux Etats-Unis, ont souligné que l'ineffectivité des protections accordées aux lanceurs d'alerte provenait souvent d'un manque d'information sur ces celles-ci. Voir *US Merit System Protection Board Whistleblowing in the Federal Government : an update*, 1993 Pour une présentation, en langue française, du lien entre communication et efficacité de la norme, voir Geneviève Koubi, « La communication administrative de la norme » In *L'efficacité de l'acte normatif, Nouvelle norme, nouvelles normativités*, 2013.

75. Ainsi, selon une étude du « *National Whistleblowers Legal Defense and Education Fund* », il s'est avéré que « *les juges employés par le MSPB n'ont, en 2008, rendu des décisions en faveur des employés que dans 1,7 % des hypothèses* ». Dans le cadre de la SOX, une étude menée par les professeurs Earle et Madeck a démontré que les « juges » de l'OSHA ont accordé une protection qu'à 183 *whistleblowers*, pour un total de 677 demandes. Il y aurait donc un biais de ces juges en faveur de l'administration, notamment en raison de leur manque d'indépendance à l'égard de leur administration de rattachement. V. « *Federal Employees Have Less than 2% Chance of Success before MSPB Judges* », *National Whistleblowers Legal Defense & Education Fund* (March 11, 2010). V. également B. Earle, G. Madek, « *The Mirage of Whistleblower Protection Under Sarbanes Oxley: A Proposal for Change* », *American Business Law Journal*, 2007, vol. 44, no 1, p. 19

76. Des membres de la doctrine Nord-Américaine ont en effet très tôt souligné le caractère opérationnel de ce type de « canaux » d'alerte, qui peuvent correspondre à un intérêt de l'entreprise et être un « outil de gouvernance. Des études empiriques plus récentes confirment d'ailleurs le succès de ces mécanismes internes de lancement d'alerte Voir T. Dworkin et E. Callahan, « *Internal Whistleblowing : Protecting the Interests of the Employee, the Organization, and Society* » *American Business Law Journal*, 1991, vol. 29, no 2, p. 267-308. ; R. Moberly et L. Wylie, « *An empirical study of whistleblower policies in United States corporate codes of ethics* », in LEWIS (D.), VANDEKERKHOVE : (W.), *Whistleblowing and democratic values*, 2011, p. 27-55.

77. « *Encouraging a culture of openness within an organisation will help: prevention is better than cure.* » Committee on Standards in Public Life Second Report, Cm 3270 -1 (May 1996), p. 21

78. Dès 2009, l'Assemblée Parlementaire avait souligné que la législation devrait prévoir « *que l'identité du donneur d'alerte ne soit divulguée qu'avec son consentement, ou si cela permet d'éviter des menaces graves et imminentes pour l'intérêt public* » V. APCE, Résolution 1729 (2010), « *Protection des « donneurs d'alerte »*, 29 avril 2010, 6.2.1.2.

79. V. David Banisar, « *Whistleblowing: International standards and developments* », *Corruption and transparency: debating the frontiers between state, market and society*, » I. Sandoval (dir. World Bank-Institute for Social Research, UNAM, Washington, DC, 2011, p. 33

80. En ce qu'il conduit à se focaliser sur l'intérêt et la véracité des faits dénoncés, là où les alertes émises par des individus identifiés conduit souvent à se focaliser sur les qualités professionnelles du lanceur d'alerte. V. J. Near et M. Miceli, « *Effective-Whistle Blowing* » *Academy of management review*, 1995, vol. 20, no 3, p. 692-693.

81. Ainsi, le groupement le plus actif sur la question de la défense des *whistleblowers*, le GAP, publie-t-il des « *guides pratiques* » recommandant chaudement aux *whistleblowers* de « *ne pas risquer l'ensemble de leur carrière* » et de faire en sorte de rester anonyme. V. J. Ruch, « *The art of anonymous activism: serving the public while surviving public service* », *Government Accountability Project (GAP) Project on Government Oversight (POGO), Public Employees for Environmental Responsibility (PEER)*, 2002.

82. Certaines études ont démontré que les lanceurs d'alerte anonymes étaient généralement considérés comme « *moins crédibles* » et que « *celles-ci étaient généralement*



*étudiées avec moins d'attention que les alertes provenant de personnes identifiées* » (J. Hunton et J. Rose, « Effects of Anonymous Whistle-Blowing and Perceived Reputation Threats on Investigations of Whistle-Blowing Allegations by Audit Committee Members » *Journal of Management Studies*, 2011, vol. 48, no 1, pp. 75-77).

**83.** Stephen Kohn souligne ainsi que la nature même de l'alerte, qui est de porter sur des faits que seul un nombre restreint de personnes peuvent connaître, condamne l'anonymat : il sera toujours possible à l'employeur de déterminer l'identité du lanceur d'alerte en étudiant attentivement le contenu de la dénonciation (S. Kohn, *"The Whistleblower's Handbook : A Step-by-step Guide to Doing What's Right and Protecting Yourself"*, Globe Pequot, 2011, pp. 123-125).

**84.** Voir: J. Bjorhus, « Hot Lines Hot: Watchdog law has companies scrambling to line up off-site services to record anonymous employee comments » St. Paul Pioneer Press, Oct. 12, 2004. Cité dans .T. Dworkin, « SOX and Whistleblowing », *Michigan Law Review*, 2007, pp. 1757-1780.

**85.** V.G29, « Avis 1/2006 relatif à l'application des règles de l'UE en matière de protection des données aux mécanismes internes de dénonciation des dysfonctionnements dans les domaines de la comptabilité, des contrôles comptables internes, de l'audit, de la lutte contre la corruption et le blanchiment », WP117, 1<sup>er</sup> février 2006.

**86.** V. APCE, Recommandation 1950 (2011) sur « La protection des sources d'information des journalistes », §10.

**87.** M. Johansson, « La protection des sources d'information des journalistes » Conseil de l'Europe, rapport de la commission de la culture, de la science et de l'éducation Doc. 12443, 29 mai 2009, point 3

**88.** V. APCE, Recommandation 1950 (2011) sur « La protection des sources d'information des journalistes », §16.

**89.** Sa jurisprudence consacre la liberté d'expression comme étant « l'un des fondements essentiels d'une société démocratique [dont] la presse est le chien de garde », ce que la cour a réaffirmé cela à l'occasion de ses arrêts *Observer et Guardian c. R.U* du 26 novembre 1991 (Cour EDH, 26 novembre 1991, *Observer et Guardian c. Royaume-Uni*, Req. n° 13585/88 ; Cour EDH, G.C. 14 septembre 2010, *Sanoma Uitgevers B.V. c. Pays-Bas*, Req. n° 38224/03 – ADL du 14 septembre 2010 par N. Hervieu). Dans ce cadre, la Cour rappelle régulièrement que « la protection du secret des sources journalistiques est l'une des pierres angulaires de la liberté de la presse »

**90.** V. Plus largement la fiche thématique du service de presse de la Cour portant la « Protection des sources journalistiques » (juin 2014).

**91.** Aux Etats-Unis par exemple, le *Whistleblower Protection Act* -qui protège les agents publics lanceurs d'alerte interdit à l'*Office of Special Counsel* (organisme qui reçoit et traite les alertes) de divulguer l'identité d'un lanceur d'alerte sans son consentement, sauf si cela s'avère nécessaire en raison « d'un danger imminent pour la sécurité ou la santé publique, ou de la commission d'actes criminels ». 5 U.S.C. § 1213(h)

**92.** Aux Etats-Unis, les enquêtes démontrent que la principale raison pour laquelle les lanceurs d'alerte ne signalent pas les faits répréhensibles constatés sur leur lieu de travail tient au fait qu'ils « ne pensent pas que soit fait quoi que ce soit pour corriger les choses ». V. T. Devine et G. Aplin « Whistleblower Protection-The Gap Between the Law and Reality », *Howard LJ*, 1988, vol. 31, p. 223.

**93.** Dans leur interprétation de la section 43 B) 3) du *Public Interest Disclosure Act*, les juridictions au Royaume-Uni ont considéré que constitue une mesure de rétorsion contre un lanceur d'alerte le fait de ne pas enquêter sur un signalement ( *A v B & C and Boughton v National Tyres* ), ou de ne pas informer un lanceur d'alerte de l'avancée de l'enquête ( *Knight v LB Harrow* )

94. Dans le secteur privé par exemple, le *Sarbanes-Oxley Act* présente de ce le lanceur d'alerte fait l'objet de représailles, la section 806(a) de la loi l'autorise à déposer une plainte auprès du « *Secretary Of Labor* » (administration du travail), qui transmettra celle-ci à l'*Occupational Safety and Health Administration*. Cette dernière se chargera d'enquêter pour vérifier si le lanceur d'alerte a bel et bien été soumis à des mesures de rétorsion motivées par l'exercice de son droit d'alerte -ce qui implique d'enquêter sur la réalité des allégations du lanceur d'alerte. Par la suite, un « *juge administratif* » du DOL peut être amené, au vu des éléments qui lui sont soumis par l'OSHA, à rendre une décision en faveur ou au détriment du lanceur d'alerte. L'ensemble de cette procédure ne peut en outre durer plus de 180 jours. La loi SOX prévoit en outre (art.806) des sanctions pénales et une obligation de réparation pour les auteurs de représailles contre des donneurs d'alerte. V. 18 U.S.C. § 1514A

95. Project on Government Oversight, « Homeland and National Security Whistleblower Protections: The Unfinished Agenda », April 28, 2005. V, sur le rôle de l'OSC dans le système Nord-Américain : C. Lerner et J. Zuckerman, « The U.S. Office of Special Counsel's Role in Protecting Whistleblowers and Serving as a Safe Channel for Government Employees to Disclose Wrongdoing », 19 mai 2014

96. Les moyens d'action de cette institution n'ont pas été élargis pour qu'elle soit à même de remplir correctement son rôle. Dans son rapport *Système national d'intégrité, le dispositif français de transparence et d'intégrité de la vie publique et économique*, paru en novembre 2011, *Transparency International France* pointait déjà la faiblesse des moyens dévolus au SCPC. V. J.P Foegle, S. Pringault, « Les « lanceurs d'alerte » dans la fonction publique », *AJDA* 2014, p. 2256.

97. Aux Etats-Unis il s'agit de faire appel à un hypothétique observateur extérieur, supposé « raisonnable », et d'examiner si celui-ci pourrait parvenir aux mêmes conclusions que le lanceur d'alerte s'agissant de la qualification de la situation dénoncée. Dans le cadre de l'ERA (autre statut protecteur des lanceurs d'alerte), cette notion est entendue comme dépendant, de la même manière, du fait de savoir « si la croyance [de se trouver dans une situation de danger] pourrait apparaître légitime aux yeux d'un homme raisonnable, en tenant compte du niveau d'expérience et de compétences du salarié ». V. *Pennsylv. v. Catalytic, Inc.*, 83-ERA-2 (Sec'y Jan. 13, 1984). V. plus largement J.P Foegle, « Les lanceurs d'alerte », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 6 | 2014, mis en ligne le 01 décembre 2014.

98. La Convention civile du Conseil de l'Europe, comme la Convention des Nations Unies sur la lutte contre la corruption et le premier principe du G20, énoncent le critère supplémentaire de la « bonne foi ».

99. Cour EDH, *Guja c. Moldavie*, préc., §75

100. Emma Game, « Blowing the whistle: what are your rights? », in *British Journal of Neuroscience Nursing*, 2014, vol. 10, no 1, p. 46-47

101. V.P. Halliday, « Whistleblowing: the new 'public interest' test and other developments », mai 2013.

102. Paul Stephenson, Michael Levi, « La protection des donneurs d'alerte », *Rapport d'étude sur la faisabilité d'un instrument juridique sur la protection des employés qui divulguent des informations dans l'intérêt public*, Conseil de l'Europe, CDCJ(2012)9FIN, Strasbourg, décembre 2012, p. 40.

103. V. Sixième Rapport général d'activités du GRECO (2005) (Greco (2006) 1F Final)

104. v. G20, Compendium of best practices and guiding principles for legislation on the protection of whistleblowers », 2011.

105. Par exemple, aux Etats-Unis, la section 2302(a)(2)(A) du Whistleblower Protection Act, inclut 11 types de comportements discriminatoires distincts. La jurisprudence est assez libérale en la matière, estimant que le fait d'enquêter en interne sur des faits liés aux divulgations peuvent dans certaines hypothèses constituer un « *changement significatif dans les responsabilités ou dans les conditions de travail* » d'un lanceur d'alerte » (Russell v. Department of Justice, 76 M.S.P.R. 317, 324-25(1997).

106. D.Lewis, 'Whistleblowers and the Law of Defamation: Time for Statutory Privilege?', 2005, 3, Web JCLI.

107. Dans une affaire emblématique en 2006, les juges du Tribunal Correctionnel de Paris tout en reconnaissant que les conditions de la diffamation étaient réunies, les juges du Tribunal Correctionnel avaient jugé que l'alerte était justifiée dès lors que le militant avait pour souhait d'informer le public et disposait d'éléments de nature à fonder ses allégations. La dénonciation par voie de presse pouvait alors être conçue comme légitime. V. TGI Paris, 2 mars 2006, inédit. V. également, citant cette décision : M. Dupisson-Guilhéneuf "Chapitre 3. Les lanceurs d'alerte." *Journal International de Bioéthique* Vol 25, n° 2, 2014, pp. 79-93.

108. C'est le cas aux Etats-Unis, la Sarbanes-Oxley prévoyant des sanctions pénales pour réprimer ce type de comportements. V. 18 U.S.C. §1513(e)

109. Aux Etats-Unis, dans la majorité des cas, l'employeur doit démontrer « *de manière claire et convaincante qu'elle aurait pris la même mesure à l'égard de l'employé quand bien même celui-ci n'aurait pas lancé l'alerte* ». Dans ce cadre, le seul élément d'appréciation de ce type de lien de causalité est l'existence d'un « *facteur contributif* » indépendamment de tout élément temporel. V. *Lockheed Martin v. Adm. Review Bd.*, USDOL, No. 11-9524 (10th Cir. June 4, 2013).

110. Au Royaume-Uni, c'est à l'employeur de démontrer – à condition que l'employé ait plus d'un an d'ancienneté – que la mesure prise n'a aucun lien avec le signalement opéré par l'employé. V. *NHS Manchester v Fecitt & Others*.

111. Nous entendrons ici l'identité comme ipseité (différence) et comme *mêmeté*.

112. Sur cette distinction, la vision Australienne : <http://www.apsc.gov.au/publications-and-media/speeches/2013/sedgwick300313>

113. V. M. Kwoka. "Leaking and Legitimacy." *UC Davis Law Review*, *Forthcoming*, 2014, p. 14-49.

114. V. A. Kasner, « National Security Leaks and Constitutional Duty » (January 1, 2015). *Stanford Law Review*, vol. 67, No. 1, 2015

115. V., pour une présentation de ces dispositifs C. Rapp, "Mutiny by the Bounties ? The Attempt to Reform Wall Street by the New Whistleblower Provisions of the Dodd-Frank Act." *Brigham Young University Law Review*, 2012, p 73.

116. Voir par exemple le document de réflexion suivant.

117. « M. Hammarberg souligne, en citant les mémoires d'Andreï Sakharov, que la menace d'une révélation freine les atteintes aux droits de l'homme. Lorsque les signalements responsables sont protégés, par la loi et par des mesures pratiques, on peut s'attendre à ce que les violations des droits de l'homme diminuent » (Paul Stephenson, Michael Levi, « La protection des donneurs d'alerte », Rapport d'étude sur la faisabilité d'un instrument juridique sur la protection des employés qui divulguent des informations dans l'intérêt public, Conseil de l'Europe, CDCJ(2012)9FIN, Strasbourg, décembre 2012, p. 40).

118. V. sur ce point, soulignant les inconvénients liés à l' « héroïsation » des lanceurs d'alerte : R. Vaughn. "State Whistleblower Statutes and the Future of Whistleblower Protection." *Administrative Law Review*, 1999, 581-625.

119. L'application de la loi « Sarbanes-Oxley » a en effet, selon des estimations du département de la justice américain, permis aux autorités de recouvrer des sommes estimées à près de 24 milliards de dollars entre 1987 et 2012. Voir : U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE (DOJ) " Fraud Statistics – Overview," Oct. 1, 1987 – Sept. 30, 2012, 3 oct. 2012.

120. Sur le caractère éclaté des dispositifs de *Whistleblowing* au sein de l'Union Européenne : Transparency International, « Whistleblowing in Europe : Legal protections for whistleblowers in the EU », 5 novembre 2013

121. Recommandation 1916 (2010) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur la protection des donneurs d'alerte.

122. APCE, Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, « Les opérations massives de surveillance en Europe » et « Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme sur la protection des donneurs d'alerte », Note introductive rédigée par Pieter Omtzigt, 23 janvier 2014, AS/Jur (2014) 02 (déclassifié).

123. V. Sur ce point la contribution de Nicole-Marie Meyer, "The Experience of a Whistleblower", Roundtable - "Blowing the Whistle on Corruption. A campaign for a European Directive in defense of Whistleblowers", Anti Corruption Day European Parliament 9 December 2014.

124. C.F Alford, "Whistleblowers: Broken lives and organizational power", Ithaca, Cornell University Press, 2002, p 29.

---

## RÉSUMÉS

Le 27 novembre 2014, le Conseil de l'Europe a publié sa Recommandation du 30 avril 2014 CM/Rec(2014)7 aux Etats membres sur la protection des lanceurs d'alerte accompagnée d'un exposé des motifs et d'un commentaire de ses dispositions visant à faciliter sa mise en œuvre. Cette publication offre une belle opportunité de réfléchir à l'émergence et au renforcement des standards internationaux en la matière. En effet, longtemps cantonnée à l'aire culturelle et juridique nord-américaine, la notion de « lanceur d'alerte » ou whistleblower a connu, depuis la fin des années 1990, une très large diffusion à d'autres ordres juridiques. L'on assiste ainsi, timidement, à la mise en place d'un « standard » international en la matière, dont le caractère contraignant apparaît toutefois bien variable. C'est la prise en compte de ces standards et la volonté de mettre en œuvre une approche transversale du lancement d'alerte qui a constitué le fondement de la présente recommandation qui est appelée à devenir l'un des documents de référence en la matière au sein de l'espace européen même s'il s'agit d'une « soft-law ». Ne disposant pas d'un réel statut au sein de l'espace européen, le lanceur d'alerte a désormais une identité juridique bien définie au sein de l'Europe des droits de l'Homme.

## AUTEUR

**JEAN-PHILIPPE FOEGLE**

Doctorant en droit public (CREDOF - Université Paris Ouest Nanterre) et allocataire doctoral  
(Conseil régional d'Ile de France)